

EXTENSÃO DOS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Carlos Roberto Siqueira Castro

Subprocurador-Geral da República, aposentado

Master of Laws (LL.M.) pela University of Michigan

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Curso de Pós-Graduação em Direito da PUC-RJ

Conselheiro Federal da OAB

A questão da extensão das normas tutelares dos direitos e deveres fundamentais às partes privadas nas relações sociais é relativamente nova, tendo exigido uma reciclagem e ampliação em sentido *uti universi* do tradicional princípio da legalidade, a fim de que a observância das normas constitucionais pertinentes a tais direitos e deveres se aplicassem não apenas ao Estado e aos agentes do poder público, mas também se estendessem aos particulares. Primeiramente teorizada sob a concepção da eficácia direta ou imediata dos preceitos de direitos fundamentais, segundo a exposição doutrinária de Nipperdey e Leisner, na Alemanha, é certo que a perspectiva de operância de efeitos *erga omnes* de tais normas constitucionais já fora discutida sob a Constituição de Weimar, embora enfrentado resistências da intelectualidade jurídica de então, debate que prosseguiu na égide da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, já agora, porém, contando com o entusiasmo da maior parte dos doutrinadores. De acordo com esses autores, os direitos que a Constituição reconhece às pessoas e à coletividade configuram princípios básicos e objetivos da comunidade nacional vista em seu conjunto, destarte vinculantes tanto para o Estado quanto para os



particulares e, de conseguinte, válidos e exigíveis para todas as relações sociais estabelecidas no interior da ordem jurídica estadual, sejam elas públicas ou privadas¹. A oposição doutrinária e pretoriana a essa nova expressão da eficácia jurídica da Constituição, apegada à dicotomia ultraliberal entre Estado-indivíduo e Estado-sociedade civil, foi de início bastante inflexível, até que, em meados do presente século, começou a formar-se a convicção geral de que a grande maioria dos direitos e garantias individuais e coletivos tem pertinência com a generalidade das relações humanas no convívio social, político e econômico, de sorte a aplicarem-se tanto à esfera pública quanto à esfera privada. Mas, foi necessária uma longa caminhada até que se chegasse a esse estágio teórico. Por estar a comunidade estatal informada pelo princípio da legalidade, restou desde logo assentido que, na ausência de restrições normativas à autonomia privada, remanesce, no plano individual, o terreno desobstruído das liberdades. De acordo com essa angulação liberal, se tal remanescente de livre conduta apresentar-se excessivo ou mesmo injusto, é porque assim deliberaram os porta-vozes da *volonté générale* com assento nas Assembléias de representação popular. Tomando-se de exemplo a questão da igualdade jurídica, ressalvadas as prescrições constitucionais específicas e compulsoriamente extensivas aos indivíduos nas relações privadas (como a prática de racismo, que a Constituição em boa hora, no art. 5º, XLII, considera crime inafiançável e imprescritível), pode-se até sustentar, em nível de pura abstração de efeito explicativo, que o silêncio do legislador torna lícito aos entes privados tratar desigualmente os seus semelhantes, discriminando-os segundo toda sorte de critérios e preferências pessoais, até mesmo segundo censuráveis preconceitos enrustidos no psiquismo individual, os quais, na insondável escala dos sentimentos humanos, podem resultar dos extremos da paixão e do ódio, por mais torpe que possa ser o requinte de intolerância à luz da moral humanística e dos costumes de civilidade. Assim é porquanto, sob a ótica liberal, no terreno das relações privadas, a tônica consiste na diversidade de tratamento, consoante, aliás, próprio do gênero humano, que traduz, quando legítima, o exercício, por cada um, da área de liberdade a que a ordem jurídica confere o galhardão da licitude. Aí, à falta de restrição constitucional, ou de restrição legal constitucionalmente válida, permite-se discriminar livremente a pretexto das reservas de privacidade individual assegurada na Constituição. De modo contrário, no que concerne ao poder

¹ ABRANTES, José João Nunes, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Ed. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 33-35.

público, a só previsão constitucional do postulado da isonomia endereçado ao legislador ordinário, qualquer que seja o teor com que o possa moldar o legislador constituinte, erige-se em condição de legislar². Nesse caso, toda regra de conduta dotada de ‘estatalidade’, não importando a posição hierárquica que ocupe no sistema normativo capitaneado pela Constituição rígida, há de observar o igualitarismo que serve de premissa de validade ao poder de legislar do Estado, de maneira que aos súditos da soberania estatal fica assegurado não apenas o direito subjetivo à lei, como única fonte possível de constrição da liberdade individual, mas, além disso, o direito subjetivo à lei igual, ou igualitária, nos termos do regime de igualdades fundamentais sistematizado pela Constituição.

Destarte, o problema que aqui se põe toca fundo, primeiramente, na questão das normas constitucionais que vedam ou impõem determinadas condutas (normas proibitivas e impositivas) ao Estado e seus agentes, sem, contudo, fazê-lo com relação aos indivíduos e à sociedade em geral. Assim, a título de exemplo, o postulado da igualdade jurídica entre os sexos que se contém no artigo 5º, I, da Constituição Federal, estatuinto que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, que se conjuga com o preceito da legalidade inscrito no inciso II da mesma disposição, ajuntando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Considerando, pois, que dito comando igualitarista é dirigido precipuamente aos editores normativos infraconstituintes, a fim de que estes, em cada situação que houverem por bem definir, estabeleçam vedação quanto a discri-me com base em gênero, conclui-se, por essa visão liberalizante, que as pessoas físicas e jurídicas privadas quedam livres para discriminar levando em conta suas preferências e intolerâncias íntimas no que concerne ao sexo dos indivíduos, a menos que o legislador ordinário decrete interdições de condutas em determinados contextos das relações privadas atinentes ao preconceito sexista. Tem-se aí o

² A rigor, considerando que, sob o manto protetor da legalidade, o poder político de limitar a liberdade individual somente pode ser exercido por lei (seja *stricto* ou *lato sensu*, conforme as variantes do legalismo em cada sistema constitucional), o princípio da igualdade opera como uma limitação a esse poder de limitação, porquanto não é toda lei que possui aptidão para restringir a liberdade, mas tão só a lei ‘igual’, isto é, consentânea com o regime de igualdade perfilhado pela Constituição. A norma isonômica opera em tal situação, de acordo com a bem inspirada expressão de PONTES DE MIRANDA, como “regra que limita o poder de limitação legal, que é assim explicado pelo notável juriconsulto: As regras que limitam o poder do legislador quanto às restrições à liberdade foram chamadas regras de limitação às limitações; entre o campo dedicado à liberdade e o campo deixado à legislação limitativa há linha que determina até onde pode ir o legislador. Melhor diríamos, pondo-nos do lado dos indivíduos (e não do foco legislativo): até onde pode vir o legislador” (PONTES DE MIRANDA, *Democracia, Liberdade, Igualdade - os três caminhos*, Ed. Saraiva, 2a. edição, 1979, p. 303-305).

fenômeno que a doutrina norte-americana designa de *state action*, consistente no endereçamento de certas normas constitucionais apenas ao Estado e seus agentes, com liberação para as pessoas privadas dos efeitos da prescrição normativa, consoante a explicação de Bernard Schwartz: “*The prohibition against denial of equal protection refers exclusively to state action. The state, not the private individual, is the addressee of the equal protection clause. It erects no shield against merely private conduct, however discriminatory; it does not forbid a private party to discriminate on the basis of race (or sex) in the conduct of his personal affairs as an expression of his own personal predilections*”³. Por essa razão, para que o impedimento a esse tipo de discriminação alcance as relações interindividuais, e não apenas os órgãos e agentes do poder público, a ordem liberal entende necessário, como primeira alternativa, que o legislador constituinte, ele próprio, proíba o discrimine (a semelhança do que estatui a norma do art. 7º, XXX, da Carta Política de 1988, proibindo peremptoriamente quaisquer diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), ou, então, que a Constituição exija do legislador ordinário a edição de regra proibitiva do comportamento discriminante, com o que fica desde logo injetada na legislação menor a proibição da conduta discriminatória, considerando-se, para tanto, a indispensável auto-aplicabilidade das normas constitucionais de caráter proibitório⁴. É o que se dá rigorosamente, entre nós, com relação ao preconceito de raça, em face do disposto no art. 4º, VIII,

³ SCHWARTZ, Bernard, *Constitutional Law - a textbook*, Ed. Macmillan Publishing Co., New York, 1972, p. 317).

⁴ A noção de ‘auto-aplicabilidade’ de normas constitucionais pode ser resumida no incomparável magistério de José Afonso da Silva: “Uma norma constitucional é auto-aplicável (correspondente, *mutatis mutandis*, às de eficácia plena) quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime... Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, pois a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados” (SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 92). Relewa assinalar, nada obstante, que o legislador constituinte brasileiro de 1988, atento ao mau hábito de se procrastinar a efetividade das normas garantidoras dos direitos fundamentais, em boa hora insculpiu no parágrafo 1º do artigo 5º o preceito mandatório de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No que respeita à questão da auto-aplicabilidade das normas constitucionais de conteúdo proibitório, não se pode deixar de enaltecer, ainda, a memorável lição de Ruy Barbosa, floreada com citações da melhor doutrina norte-americana de seu tempo: “Entre os textos constitucionais executáveis sem o concurso de legislação aplicativa sobressaem os de caráter proibitório... No proibir que se faça alguma coisa não há nada que exija ulterior ação da lei. A ação ulterior da lei poderá vir a ser necessária, a fim de castigar as infrações da regra proibitiva. Isto, porém, é coisa totalmente diversa da proibição em si mesma... É que a norma proibitiva encerra em si mesma tudo quanto se há mister, para que desde logo se torne obrigatória a proibição, embora a sanção contra o ato, que a violar, ainda não esteja definida” (BARBOSA, Ruy, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Ed. Saraiva, ano 1933, II volume, p. 480-481).

que impõe o repúdio ao racismo dentre os princípios regentes das relações internacionais travadas pelo Brasil, e especialmente por força do art. 5º, XLII, ao proclamar que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei – o que configura exigência supra-legal de caráter incriminatório, cujo implemento tipificador há de ser satisfeito pela legislação penal⁵. O mesmo se pode afirmar com relação à tortura, cuja prática o legislador constituinte revestiu de caráter delituoso, a ser tipificado e devidamente sancionado pela lei penal, nos moldes do art. 5º, III, asseverando que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, em conjugação com o inciso XLIII da mesma disposição constitucional, que prescreve: “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”⁶ A outra alternativa se apresentaria, no caso de omissão constitucional em estender às relações privadas o mútuo respeito de determinados direitos fundamentais, na adoção, em nível da legislação ordinária, de vedação expressa à conduta discriminante, endereçando-a indistintamente aos órgãos e agentes do poder público e bem assim às pessoas privadas. É o que faz, por exemplo, no campo do Direito Trabalhista, a Lei nº 5.473, de 10 de julho de 1968, nulificando as

⁵ Sob a égide da Constituição Federal de 1946, adotávamos a Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, alcunhada como o nome de seu ilustre autor, o saudoso Professor Afonso Arinos de Melo Franco, que incluía dentre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Presentemente vige a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, conhecida como ‘Lei Caó’, associada ao autor do projeto original, Deputado Carlos Alberto Caó, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, que vem de ser parcialmente alterada pela Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, ao definir os crimes e as penas aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Ainda recentemente, foi editada a Lei nº 8.882, de 3 de junho de 1994, que acrescentou parágrafo ao artigo 29 da referida Lei nº 7.716/89.

⁶ Ainda não sobreveio legislação específica criminalizando a tortura, que continua a ser apenas difundida na legislação penal, não sem acirradas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, como se vê das normas constantes do artigo 29 do Código Penal, referente ao crime de lesão corporal, do artigo 322 do mesmo estatuto delitivo, respeitante ao crime de violência arbitrária, e especialmente dos preceitos da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regula o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. O sistema penal pátrio relativo à tortura compreende, também, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos para os fins do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Nada obstante a lacuna legislativa respeitante à especificidade do crime de tortura, em obsequio à exigência constitucional, tramitam presentemente no Congresso Nacional várias propostas a respeito da disciplina da matéria, dentre as quais se pode destacar os projetos de lei de nº 01035/91, de autoria do deputado Vivaldo Barbosa, e 00837/91, do deputado Sigmaringa Seixas, além da proposição do Poder Executivo Federal objeto da mensagem de referência 00664, do ano de 1994, todos dispondo sobre a criminalização, punição e prevenção da prática da tortura, segundo informações obtidas junto ao Serviço de Processamento de Dados do Senado Federal (PRODASEN).

discriminações por motivo de sexo no preenchimento de cargos sujeitos à seleção, isto tanto na empresa privada quanto no serviço público. Esse tipo de legislação, que vem preencher a lacuna deixada pela regra constitucional isonômica, voltada precipuamente, segundo a reportada visão liberal, à atividade estatal (*state action*), é de superlativa importância nos sistemas jurídicos comprometidos com a limitação das intolerâncias anti-sociais e com a erradicação das agudas desigualdades de caráter socioeconômico. Nesse sentido, é conhecido o papel decisivo desempenhado nos Estados Unidos da América pela legislação dos direitos civis, notadamente a partir do festejado *Civil Rights Act*, do ano de 1964, que assegurou à sociedade norte-americana, em complemento ao princípio da isonomia previsto nas Emendas nºs 5 e 14 da Constituição estadunidense, um regime de igualdade fundamental em inúmeros aspectos do convívio social.

De toda essa exposição propedêutica deve resultar a nosso ver o reconhecimento de que, a despeito das falácias históricas do humanismo liberal, o iluminismo oitocentista legou ao ocidente uma premissa universal que, se bem perquirida e desenvolvida, muitíssimo poderá servir à concepção de solidariedade social que subjaz ao constitucionalismo deste fim de século, como seja a visão de que o homem, pelo mero fato de o ser, possui uma nomenclatura de direitos que tanto o Estado quanto a sociedade devem respeitar, como condição do progresso individual e coletivo, inclusive e especialmente para a permanência dos esquemas institucionais de convívio social traçados dois séculos atrás. Enfim, a sobrevivência da democracia liberal repousa no postulado, cuja autoria não lhe pode sinceramente ser negada, de que o ser humano continua a ser visto como princípio e fim da sociedade e do Estado, ou seja, como primeiro valor social e político na escala dos bens da existência merecedores da tutela pública e privada. Considerando, pois, que a sociedade e o Estado existem e se justificam em prol do homem, não ao contrário, consoante proclamado pela generalidade das Declarações humanitárias e universalistas que até os nossos dias propagam a mensagem *jusnaturalista* de que assegurar o respeito da dignidade humana continua a ser o fim da sociedade política, preserva-se e atualiza-se o cânone liberal na medida em que centra no ser individual os esforços pela emancipação coletiva e pela democratização geral do usufruto dos bens da vida. Só que o homem, cuja dignidade impende garantir, não é um ser isolado, muito menos um ser que ostenta condições socioeconômicas em regime de

igualdade frente aos conterrâneos de melhor sorte e fortuna, mas que vive e padece as aflições da necessidade, da orfandade social e da contextualização geopolítica desfavorável. É, pois, com relação ao grupo social como um todo, abrangendo a sociedade, o Estado e as comunidades de Estados, que o indivíduo e as multidões de indivíduos reivindicam ascensão aos patamares da dignidade humana, na convicção de que a consagração secular dos direitos fundamentais não busca somente a salvaguarda atomizada da individualidade de um ser determinado, mas por certo da individualidade de todos os seres coletivamente inseridos na sociedade, responsáveis que são, de per si e em conjunto, pelo destino comunitário. Nessa visão revisitada do liberalismo, que não deixa de ser a porta de entrada da social democracia, os preceitos constitucionais consagradores dos direitos fundamentais protegem determinados bens e valores, e obrigam de modo indistinto tanto os poderes públicos quanto a sociedade civil, conformando axiologicamente o sentido da ordenação (jurídica) das relações sociais. Além do mais, isto implica o forçoso reconhecimento de uma função social (meta individual) dos direitos revestidos de ‘fundamentalidade’ para o gênero humano, o que exige, pelo menos em alguma medida, a extensão da eficácia das normas constitucionais tutelares de tais direitos ao domínio das relações privadas⁷. Tal conclusão, que reputamos inafastável, distensionava o conflito histórico-ideológico

⁷ É digno de nota que a distinção entre direitos exercíveis em face do Estado e direitos exercíveis em face da sociedade civil guarda um elo histórico-teórico com a separação conceitual que vigorou na antiguidade helênica entre a ‘liberdade política’ e a ‘liberdade civil’, na forma retratada por Benjamim Constant, na conferência de prestígio clássico intitulada *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Paris, 1872 (com tradução e publicação na Revista *Filosofia Política*, Ed. L&PM, UNICAMP-UFRGS, vol. 2), que inclusive se espelha na ementa da célebre Declaração francesa de 1789, distinguindo entre os ‘Direitos do Homem’ e ‘Direitos do Cidadão’. Nesse quadro, os direitos peculiares à cidadania consistiriam nas prerrogativas individuais de participação na condução do poder político, a exemplo do direito de ‘concorrer para a formação da vontade geral’, previsto no art. 6º desse monumental documento libertário (*“La Loi est l’expression de la volonté générale. Tout les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation”*), e do direito de consentir na instituição de impostos, inscrito no art. 14 da mesma Declaração revolucionária (*“Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d’en suivre l’emploi, et d’en déterminer la quotité, l’assiette, le recouvrement et la durée”*). Já as liberdades civis referem-se à generalidade das autonomias privadas, todas elas ressalvadas pela sociedade civil ao ensejo de sua adesão para a formação da comunidade política. Assim, segundo a exposição de Benjamim Constant, opunham-se a ‘liberdade dos antigos’ (ou liberdade política) e a ‘liberdade dos modernos’ (liberdade civil). A primeira trataria, com arrimo em Aristóteles, na participação dos cidadãos nos negócios públicos, a ponto de a lei, democraticamente elaborada pela Assembléia do Povo, poder, como acontecia em Esparta, regular os vários detalhes da vida quotidiana, até mesmo privando o cidadão da autonomia em muitos aspectos das relações privadas, nem por isso deixando este de ser considerado um homem livre, mercê do consentimento popular original e da participação na vida comunitária. A outra liberdade, de modo diverso, aglutina a *securité des jouissances privées*. Semelhante distinção, guardadas as diferenças históricas e de essência, de certo modo sobrevive até nossos dias, tendo desencadeado a distinção entre ‘liberdades-autonomia’ ou ‘direitos civis’ e ‘liberdades-participação’ ou ‘direitos políticos’, que mereceu o entusiasmo doutrinário de Georges Burdeau, conforme estudado em tópico específico neste livro.

entre as conquistas das legiões da liberdade e as virtudes incontraditáveis do socialismo igualitarista, com a vantagem de exorcizar, no campo da hermenêutica constitucional, os preconceitos maniqueístas que desservem ao humanismo planetário vigorante desde as últimas décadas do século XX. Por esse viés de pacificação teórica, pode-se bem compreender que valores como a intimidade, a imagem das pessoas, a saúde, a segurança, o conhecimento e a cultura, a moradia, o emprego e o salário digno, a qualidade da vida e do meio ambiente, e de tantos outros bens e serviços essenciais ao pleno florescimento da personalidade humana, tornaram-se a um só tempo desafios imperativos para o Estado e para o conjunto da sociedade, de cuja satisfação hoje dependem o ideário tanto liberal, quanto socialdemocrático ou socialista. Não é por outra razão, aliás, que nas nações de democracia desenvolvida, onde a paisagem social apresenta-se mais homogênea e onde, por essa razão, arrefece a ideologização do inconformismo social, os programas e atuação dos partidos políticos que disputam o poder, quase sempre contrapondo (com as naturais variantes históricas e político-culturais) liberais (neoliberais e neoconservadores), de um lado, e socialdemocratas (trabalhistas e socialistas), de outro lado, não se distanciam de forma aguda, caracterizando-se muito mais pelas diferenças gradualistas do discurso eleitoral do que propriamente pelo confronto ideológico.

Eis aí o ponto da exposição a que pretendíamos chegar neste tópico, antecedido por essas amplas e necessárias digressões introdutórias, que pavimentam a travessia por esse terreno minado de contradições históricas e filosóficas e que não raro faz sucumbir expositores de talento e nomeada. De fato, como visto, para a concepção liberal os direitos fundamentais teriam a sua razão de ser no antagonismo histórico indivíduo-Estado e não incluiriam, máxime em nível da 'supralegalidade' constitucional, regras de comportamento para os particulares. Estas adviriam do direito privado, sedimentado na autonomia privada, e principalmente da 'auto-regulação' espontânea dos comportamentos das pessoas, consideradas iguais perante a lei para a assunção de direitos e obrigações na órbita civil. Em tal sistema de igualdade idealizado pelo liberalismo vige a supremacia do contrato privado (*pacta sunt servanda*), que expressa a liberdade de estipulação obrigacional, que não deve sofrer cerceamento no pressuposto de que é justo o que é desejado pelas partes contratantes. Essa igualização abstrata da capacidade

civil engenhou um tipo de sociedade de homens supostamente livres e iguais, na qual só o aparelho de Estado, figurado como o monstruoso Leviatã hobbesiano, poderia exorbitar e comprometer o exercício da liberdade.

Todavia, o agravamento dos antagonismos sociais que estremeceu definitivamente as premissas do liberalismo econômico no limiar do presente século impôs, no plano do pensamento constitucional, a convicção de que os direitos fundamentais sediados na Constituição devem ser protegidos não apenas em face do Estado, mas especial e crescentemente em face da própria sociedade, nas multiformes relações entre os particulares. Tendo a desigualdade em todas as escalas se tornado a argamassa de sustentação das sociedades na era pós-industrial, a implantação da segregação entre indivíduos e grupos que detêm o poder e indivíduos e grupos que constituem a clientela do poder gerou o surgimento de uma nova fonte de ameaça social: a ameaça dos poderosos, que controlam os mercados de produção e consumo de que depende a vida humana, contra a multidão de debilitados social e economicamente, que se esfolia nas engrenagens da sobrevivência na sociedade de massas. Na verdade, as ameaças que hoje o Estado faz pesar sobre o exercício dos direitos humanos tornam-se a cada dia mais secundárias nas nações de desenvolvimento cultural e político, comparadas às agressões que os indivíduos e grupos detentores de poder social fazem pesar sobre as liberdades daqueles destituídos de influência ou sem condições materiais de participar minimamente da concorrência pela vida em padrões aceitáveis de dignidade. Em suma, tirante os resquícios ainda existentes de deformação da autoridade que caracteriza o autoritarismo oficial e as ditaduras de base militar que atormentaram o terceiro mundo, o Estado deixa gradativamente de ser o grande e único inimigo das liberdades públicas, haja vista que proliferam na sociedade outros focos de poder – poderes inorgânicos e não departamentais da soberania do Estado – a exemplo do poder da mídia e das comunicações, do poder dos bancos no sistema financeiro, do poder tecnológico, do poder patronal-empresarial dos oligopólios e do poder do banditismo paramilitar, dentre outros, todos eles potencialmente em condições de periclitarem a todo instante o exercício dos direitos fundamentais do homem. Tal fenômeno da sociedade contemporânea, sobre demonstrar que a opressão pode ser tanto pública quanto privada, enseja uma transmutação do conceito clássico de mando político, o que não deixa de ser paradoxal. A despeito de o Estado intervir crescentemente no domínio de atividades antes relegadas à livre

disposição da vontade privada, sob o influxo do constitucionalismo social e econômico, o poder da fonte pública de influência no espaço social cede terreno cada vez mais para o poder de influência social de certos grupos e conglomerados empresariais, a ponto de deixar defasada a antinomia indivíduo-poder político ou Estado-sociedade civil que ainda há pouco fazia as honras do modelo liberal. De fato, o potencial de influência e de direção da sociedade já não é mais monopólio do Estado, antes começa a se concentrar em outros focos de comando social, cujas decisões interferem decisivamente no mercado dos bens e serviços indispensáveis à vida humana e, assim, na própria existência individual e coletiva.

Essa constatação impôs uma revisão completa no sentido da interpretação e aplicação das normas protetoras dos direitos humanos, que ampliaram de muito o pólo de infratores potenciais, de maneira a alcançar, não mais apenas o poder público e seus variados agentes, mas também e, sobretudo, os detentores do poder privado capazes de infligir, nos mais inumeráveis contextos das relações humanas, violações aos direitos fundamentais dos indivíduos e do conjunto da sociedade. Com isso, abriu-se um novo tempo para a efetivação das normas e princípios constitucionais: o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias que através dos tempos granjearam assento nos estatutos supremos das nações⁸. O postulado da

⁸ A doutrina alemã, responsável por essa importante teorização no campo da hermenêutica constitucional, designa tal fenômeno pela locução 'eficácia direta' ou 'imediate' (*unmittelbare, direkte Drittwirkung*) das normas supraleais, aludindo, também, simplesmente, à 'eficácia horizontal' (*Drittwirkung*) das regras contempladoras dos direitos fundamentais. A literatura sobre o tema já se apresenta assaz volumosa, sendo de se destacar, não apenas em razão da familiaridade lingüística, mas pela excelência doutrinária, alguns autores portugueses que versaram a matéria em comentários ao artigo 18 da Constituição de Portugal de 1976, a ser em seguida analisado, a exemplo de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 2a. edição, 1993, tomo IV, p. 284 e segs.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1992, p. 604 e segs.; José João Nunes Abrantes, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Ed. Associação Acadêmica de Lisboa, 1990; Vasco Pereira da Silva, *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, na Revista de Direito e Estudos Sociais, Lisboa, 1987, p. 259 e segs.; e Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Lisboa, 1981. Quanto aos demais, ocorre-nos lembrar, também com adequada visão do problema, os estudos de Giorgio Lombardi, *Poteri privati e diritti fondamentali*, Turim, 1971; de Antonio Liserre, *Tutela costituzionale della autonomia contrattuale*, Milão, 1971; de Tomás Quadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981; e de Javier Ballarín Iribarren, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, publicado na *Revista Española de Derecho Constitucional*, setembro-outubro de 1988, p. 283 e segs.

dignidade humana passou, assim, a embasar a reivindicação, que já hoje assume foros de universalidade na teoria constitucional, de que os preceitos relativos aos direitos e deveres individuais e coletivos, segundo a ementa adotada pelo constituinte brasileiro no Capítulo I do Título II de nossa Carta Política, vinculem também a esfera privada. A rigor, como adverte o jurista português José João Nunes Abrantes, em monografia dedicada à matéria – seria absurdo admitir que a mesma pessoa, apesar de constituir uma unidade autônoma, de ser simultaneamente indivíduo e cidadão, pudesse ser livre perante o Estado, não o sendo em sociedade, isto é, nas relações com os seus semelhantes⁹. Tal significaria legitimar a contraposição de duas éticas fincadas no mesmo e único fundamento da dignidade humana: a ética pública, sujeita ao dever de respeito aos direitos fundamentais, ao lado da ética privada, liberada de semelhante dever. Por isso, outro autor de superior qualificação – Jean Rivero – arremata sustentando que “numa sociedade não há lugar para duas concepções opostas do homem, uma delas válida nas relações de direito público, a outra nas relações de direito privado”¹⁰. É que as normas da Constituição entrelaçam-se sob o princípio da unidade moral, que as associa num feixe único de valores e preceitos qualificados pela nota da essencialidade social. Compreenda-se, pois, que os direitos ‘supralegais’, por conterem normas de valor aplicáveis a toda a sociedade, ostentam uma eficácia irradiante¹¹ que extrapola as fronteiras orgânicas do Estado, alcançando as entidades privadas, muito embora invista no poder público os encargos e responsabilidade de garantir, com os predicamentos da autoridade e da coerção que lhe são próprios, a reciprocidade do exercício das liberdades por parte de todos os membros da vida civil.¹² Por sinal, a visão liberal não é de todo refratária a essa incursão intervencionista, eis que considera aceitável a regulação de relações privadas pelo Estado enquanto necessário para o exercício efetivo das liberdades por parte de todos, ou seja, para assegurar a coexistência pacífica das liberdades nas relações entres seres

⁹ ARANTES, José João Nunes, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Ed. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 27.

¹⁰ RIVERO, JEAN, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, constante da coleção *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, Ed. A. Pardone, Paris, 1971, vol. 3, p. 27.

¹¹ A expressão é utilizada por J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, op. cit., p.603.

¹² É interessante notar que a doutrina liberal legou ao fenómeno da extensividade aos entes privados das normas constitucionais alusivas aos direitos fundamentais o mesmo instrumental coercitivo (a máquina estatal) que utilizara para garantir as liberdades individuais, o que, contudo, não deixava de constituir uma contradição (ao menos aparente) no preconceito do liberalismo contra o Estado. Apontam-se, aí, duas virtualidades antagónicas: de um lado, a desconfiança da ótica liberal face ao Estado, a ponto de impor-lhe um regime de abstenção perante a economia de mercado e as relações privadas; de outro lado, atribui ao próprio Estado, objeto de seu preconceito, a missão de ser o garante dessas mesmas liberdades.

iguais, de acordo com a inferência que se extrai do art. 4º da Declaração Dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dispondo: “*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi*”. É natural, contudo, que alguns direitos e garantias fundamentais, em razão de sua própria natureza, somente são exercitáveis em face do Estado e de seus agentes, como é o caso, por exemplo, do direito de asilo político, de não sofrer extradição, de representação e de petição aos poderes públicos ou de impetração de mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, na forma do disposto no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988. São modalidades em que a sujeição passiva forçosamente recai nos contornos da autoridade pública. Outros direitos e garantias constitucionais, porém, que representam a grande maioria, aplicam-se e são exigíveis indistintamente em face do poder público e das pessoas físicas ou jurídicas privadas, inclusive, por exemplo, a própria garantia secular do *habeas corpus*, que sabidamente se presta para assegurar a liberdade de locomoção em face de coator particular, como ocorre em inúmeras situações de cárcere privado. Há aqueles, ainda, que só são exercitáveis pelos particulares no convívio privado, a exemplo dos direitos peculiares ao âmbito do casamento e da família, o direito de reunião e a generalidade dos direitos inerentes à personalidade humana de assumir obrigações na vida civil.

A jurisprudência das Cortes Constitucionais européias tem dado incontáveis exemplos dessa nova perspectiva de operância das regras protetoras dos direitos fundamentais do homem. Assim, por exemplo, o Tribunal Federal do Trabalho, na República Federal da Alemanha, forte no princípio do livre desenvolvimento da personalidade humana e da liberdade de escolha de profissão, como previstos nos artigos 2º e 12 da Constituição alemã de 1949,¹³ firmou entendimento de que violam aquela Lei Fundamental as cláusulas inseridas em contratos privados de trabalho que criam para o trabalhador a obrigação de não prestar serviços, durante um certo prazo

¹³ Eis, na íntegra, os apontados dispositivos da Constituição alemã: “Art. 2º – Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. Art. 12 – Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício de profissão pode ser regulamentado por lei com base numa lei.

após a cessação do contrato empregatício, no mesmo ramo de negócio do antigo empregador. Para tanto, considerou aquele órgão especializado do Judiciário alemão que tais postulados de valor constitucional estendem-se ao empregador privado, uma vez ser este detentor de um poder social e econômico capaz de ameaçar liberdades fundamentais do empregado. Outro importante julgado proferido pela Justiça tedesca, já agora pelo Tribunal Constitucional Federal, refere-se à extensão da liberdade de opinião ou de expressão às revistas e publicações privadas. O litígio, conhecido como o caso *Springer*, envolvia essa famosa editora, que publica jornais e revistas de grande circulação e controla grande parte da distribuição das publicações em todo o país. Valendo-se de seu poder de influência no mercado, esse grupo empresarial anunciou que encerraria os contratos de distribuição com relação às empresas distribuidoras que continuassem a vender a revista *Blinkfuer*, uma pequena publicação que, ainda depois da construção do Muro de Berlim, continuava a publicar em suas páginas os programas da rádio e da televisão da Alemanha dita oriental, ao contrário da quase totalidade da imprensa do lado ocidental que, nos tempos da guerra fria, deixaram de fazer publicações do gênero em sinal de protesto contra a divisão da antiga capital germânica. Em ação judicial promovida pela revista *Blinkfuer*, aquele Tribunal Federal Constitucional, em grau de recurso, prolatou acórdão em 26 de fevereiro de 1969, considerando inconstitucional a tentativa de boicote da editora. Para tanto, placitou o entendimento de que a liberdade de expressão e de imprensa, que constitui direito fundamental garantido pelo artigo 5º (1) da Constituição alemã, aplica-se, por igual, às relações sociais e econômicas públicas e privadas em que esteja periclitado tal princípio sublimado pela Constituição.¹⁴ Na França, onde há tempos autores de prestígio propugnam pela extensão às relações privadas dos efeitos das normas constitucionais tutelares dos direitos humanos,¹⁵ pode-se citar a importante decisão do Tribunal do Sena, de 22 de janeiro de 1947, já sob a égide da Constituição de 1946, considerando-se que a esse tempo inexistia o *Conseil Constitutionnel*, que só viria a ser criado com a Constituição da V República, em 1958 (arts.

¹⁴ O art. 5º (1) da Constituição da Alemanha de 1949 assim se expressa: “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por meio da palavra, por escrito e pela imagem, bem como de se informar, sem impedimentos, em fontes de acesso geral”.

¹⁵ Pode-se mencionar, dentre várias outras, a relevante contribuição de Jean Rivero no ensaio intitulado *La protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées*, in “*René Cassin amicorum discipulorumque liber*”, vol. 3, Paris, Éditions A. Pedone, 1971, Paris, p. 311-322; bem como no livro *Libertés Publiques*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1973, vol. I, p. 164 es segs.

56 a 63).¹⁶ Nesse julgado a Justiça francesa proclamou incomprazível com a Constituição a disposição testamentária que impunha a revogação do legado caso o respectivo beneficiário viesse a desposar mulher judia. Nesse sentido, considerou-se que o princípio da não-discriminação racial proclamado no preâmbulo da Carta Política da IV República, de 27 de outubro de 1946, constitui princípio de ordem pública e de natureza cogente, como tal extensivo às relações privadas, *y compris* as manifestações de vontade acerca da disponibilidade sucessória.¹⁷ Também na Itália tem sido agitada a questão da extensão dos direitos fundamentais contemplados na Constituição promulgada em 27 de dezembro de 1947 às relações da órbita privada, isto tanto em nível jurisprudencial quanto doutrinário. Mostra-nos Giorgio Lombardi¹⁸ que o fundamento comumente invocado para a ampliação *uti universi* dos efeitos das normas constitucionais protetoras dos direitos humanos é o desdobramento do princípio da igualdade remodelado pelo artigo 3º da Carta Política italiana, ao dispor: “Incumbe à República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país” (com a seguinte versão original: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”).¹⁹ Assim é que, com

¹⁶ Para um estudo do Conselho Constitucional da França, permite-se sugerir a obra coletiva reunindo ensaios de alguns dos melhores especialistas na matéria, intitulada *Le Conseil Constitutionnel*, integrante da coletânea *Pouvoirs*, vol 13, Revue Française d’Études Constitutionnelles et Politiques, Ed. Presses Universitaires de France, 1980.

¹⁷ O texto original da abertura do preâmbulo da Constituição francesa de 1946 estabelece: “*Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d’asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et les libertés de l’homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*” (extraído do volume *Libertés Fondamentales et Droits de l’Homme - textes français et internationaux*, organizado por Jacques Robert e Henri Oberdorff, Ed. Montchrestien, 1989, p. 17. Vale registrar que as disposições preambulares da Carta Política de 1946, como de resto a generalidade dos enunciados constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foram expressamente incorporados ao vigente ordenamento constitucional francês, por força do preâmbulo da Constituição de 1958, que reza: “*Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946*” (idem, p. 18).

¹⁸ LOMBARDI, Giorgio, *Potere privato i diritti fondamentali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1970, p. 90 e segs.

¹⁹ Cf. o volume sob o título *Codice Costituzionale e Amministrativo - Leggi Fondamentali dello Stato Italiano*, organizado por Giuseppe Vergottini e Fabio A. Roversi-Monaco, integrante da coletânea *I Codici Maggiori*, Ed. Maggiori Editore, 5ª edição, 1994.

base nessas premissas teóricas, a Justiça italiana tem reiteradamente declarado inconstitucionais as cláusulas de contrato de trabalho que consideram justa causa para a dispensa da mulher trabalhadora o compromisso de casamento, sustentando que tal limitação contratual viola o direito de se casar e de constituir família consagrados nos artigos 29 e 31 da Lei Maior da Itália e, ainda, no artigo 12 da Convenção Européia dos Direitos do Homem, que integra a ordem jurídica daquele país.²⁰ Na Espanha, o tema tem merecido apreciável vitalização por parte da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Constitucional criado pela Constituição de 1978 (arts. 159 e segs.), através da aplicação do princípio da *vis expansiva o atrayente*, conforme exposto por Enrique Alonso García: *“Uno de los fenómenos más extendidos en la interpretación de los derechos fundamentales es su ‘vis expansiva’ que tiene innumerables manifestaciones. Otra de las manifestaciones obvias del orden público constitucional es la de la extensión de las normas constitucionales a conductas ‘inter privados’. No vamos nosotros tampoco a extenderlos más, sino simplemente a resumir las conclusiones cuyo fundamento hemos tenido ocasión de exponer en otra parte: 1ª) la mera actividad de un juez prestando su fuerza ejecutiva (mediante un proceso) a un derecho privado no basta para entender que hay suficiente ‘acción pública’; 2ª) através del artículo 1255 Cc (Código Civil) u otras normas reguladoras del derecho privado puede perfectamente el legislador establecer la vinculación del tráfico jurídico-privado a preceptos constitucionales (‘mittelbare Drittwirkung’); 3ª) esta acción del legislador puede tener limites en el contenido esencial de otros derechos: 4ª) aun sin actividad legislativa, puede el juez constitucional imponerlo especialmente cuando las conductas privadas son susceptible de afectar en masa a ciudadanos (de ahí la especial ‘Ummittelbare Drittwirkung’ de los derechos laborales y de la actuación administrativa, aunque ésta se sujete al derecho privado); 5ª) existen derechos fundamentales puntuales en que su ejercicio sólo se concibe frente a entes privados (libertad de cátedra, libertad de informar o comunicar información; aparte, por supuesto, de los laborales)”*.²¹ Na égide pretoriana pode-se mencionar, dentre inúmeros

²⁰ Nesse sentido, estabelecem os citados dispositivos da Carta Política italiana de 1947: “Art. 29 – A República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no matrimônio. Art. 31 – A República favorece, com medidas econômicas e outras providências, a formação da família e o cumprimento das obrigações relativas, com especial consideração pelas famílias numerosas.” Por seu turno, proclama o art. 12 da Convenção sobre a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais aprovada pelos países membros do Conselho da Europa em 1950: “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm direito a se casar e a fundar uma família segundo as leis nacionais que regerem o exercício deste direito.”

²¹ GARCÍA, Enrique Alonso, *La Interpretación de la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 376.

outros colacionáveis, o acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha ao proclamar o princípio da ‘irrenunciabilidade’ dos direitos fundamentais do homem e, com base no mesmo, declarar inconstitucional as cláusulas de contratos coletivos de trabalho que implicavam em renúncia ao direito de greve (*derecho de huelga*).²²

Cremos que, infelizmente, devido às precariedades do debate constitucional no Brasil e às intermitentes crises político-institucionais que por certo prejudicaram a formação de um robusto sentimento constitucional no seio de nosso povo, a questão da extensão das normas protetoras dos direitos fundamentais às relações privadas tem sido muito pouco estudada entre nós. Urge, porém, uma mudança de postura nesse campo de transcendente importância para a efetividade das normas constitucionais. Para tanto, apresenta-se decisivo o impulso da militância jurídica (juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, advogados, professores de Direito, etc.) e da indispensável cidadania ativa. Isto, na convicção de que a unidade orgânico-social do estatuto supremo, ou seja, o entrelaçamento de suas normas e princípios com o espaço público e privado da nacionalidade é essencial para a elevação qualitativa do sentimento da nação frente aos valores sublimados pela Constituição.

²² Trata-se da decisão do Tribunal Constitucional da Espanha de 8 de abril de 1981, ao examinar a constitucionalidade do artigo 8.1 do *Real Decreto-Ley* nº 17/1977, que permitia que fosse pactuado em convenção coletiva de trabalho a renúncia ao direito de greve durante a vigência do mesmo (GARCÍA, Enrique Alonso, ob. cit., p. 372).